Die rechtliche Grundlage der gemeinrechtlichen Haftung ex recepto und der Haftung des Gastwirts gegenüber dem Gaste in Beziehung auf Schaden an eingebrachten Sachen nach B.G.B.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Friedrich Meyns
aus Bergedorf
Referendar am Amtsgericht zu Bergedorf.

KGL. UNIVERSITÄTS BIBL.

Approbiert am 27. Juni 1906.

Bergedorf.
Bergedorfer Buchdruckerei von Ed. Wagner.
1906.

28

Referent: Univ.-Professor Dr. Binder.

Litteratur.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 10. Aufl.

Baron, Archiv f. zivil. Praxis, Bd. 78.

Borck, Die Haftung der Gastwirte für eingebrachte Sachen. Nach gemeinem Recht und dem Recht des B. G. B. Diss. Greifswald, 1902.

Binz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl., 1879—1882, Bd. 2.

v. Buchka, Vergleichende Darstellung des B. G. B. und des gemeinen Rechts.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1.

Crome, Bürgerliches Recht, Bd. 2 Teil 2.

Denkschrift zu dem Entwurf eines B. G. B.

Dernburg, Pandekten, Band 2, 1897.

Dernburg, Bürgerliches Recht, Bd. 2.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 7. und 8. Aufl.

Enneccerus-Lehmann, Bürgerliches Recht, 2. Aufl., Bd. 1.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 1.

Eschenburg, Rechtstellung der Wirte, Diss. Göttingen, 1899.

Fuld, Das Mietsrecht nach dem B. G. B. für das deutsche Reich, 1898.

Gimmerthal, Ueber das receptum nautae et cauponis und insbesondere l. 6, 5, 3 D. IV, 9 im Archiv f. prakt. Rechtsw.

Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, 2. Aufl., 1889.

Glück, Erläuterung der Pandekten, VI.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, 3. Aufl., Bd. 3.

Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht, III.

Harder, Ueber das receptum nautarum cauponum et stabulariorum in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß. N. F. XVIII.

Hoyer, Die Haftpflicht der Gastwirte nach dem Entwurf des deutschen B. G. B. Wie ist dieselbe zeitgemäß zu reformieren? 1890.

Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Zivilrechts.

Krzywoszynski, Die Voraussetzungen für die Schadensersatzpflicht aus § 701 B. G. B. Diss. Leipzig, 1903.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B. G. B.

Kuhlenbeck, Das bürgerliche Gesetzbuch, 2. Aufl., Bd. 1.

Langen, Die privatrechtliche Stellung der Wirte und der Gastaufnahmevertrag, Marburg, 1902.

Leske, Vergleichende Darstellung des B. G. B. für das deutsche Reich und des preußischen Allgemeinen Landrechts. 1900, 1. Hälfte.

Macdonald, Die Ansprüche des Gastes aus dem Receptum des B. G. B. Diss. Greifswald, 1899.

Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1.

v. Madai, „Sind Gastwirte wirklich berechtigt, Reisende abzuweisen" in der Zeitschrift f. Zivilrecht und Prozeß, Bd. 18
Motive zu dem Entwurf eines B. G. B. für das deutsche Reich, Bd. 2.
Müller, Ueber die de recepto actio, 2. Aufl., 1857.
Neumann, Handausgabe des B. G. B.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1899, 1. und 2. Aufl.
Planck, Das B. G. B. 1900, Bd. 2.
Protokolle der Kommission ꝛc. 1898, Bd. 2.
Puchta, System und Geschichte des römischen Privatrechts, 10. Aufl., Bd. 2.
Schipmann, Das receptum cauponum und die Haftpflicht der Gastwirte nach dem Recht des B. G. B. Diss. Leipzig, 1901.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B. G. B. 2. Aufl.
Seufferts Archiv, Bd. 8, 10, 17, 31, 32, 35.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht, 3. Aufl., Bd. 2.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1901, Bd. 2.
Sturm I, Die Haftpflicht des Gastwirts nach römischem Recht, nach dem Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches und nach dem Allgemeinen Preußischen Landrecht, 1892.
Sturm II, Die Einbringung von Sachen bei Gastwirten nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1900.
Thibaut, System des Pandektenrechts, 9. Aufl, Bd. 1.
Unterholzner, Die Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, Bd. 2.
v. Vangerow, Pandekten, Bd. 3.
Wächter, Pandekten, Bd. 2.
Weinand, Die Rechte und Pflichten der Gast- und Schankwirte, 1901.
Weiß, „Bemerkungen zu dem receptum der Wirte" im Archiv für praktische Rechtswissenschaft, Bd. 5.
Windscheid-Kipp, Pandekten, 7. und 8. Aufl., Bd. 1 und 2.
Wolters, Ueber die actio de recepto in Bezug auf die Gastwirte als Recipienten und deren heutige Anwendung in Deutschland, besonders in Hamburg, 1804.
Zimmern, Das System der römischen Noxalklagen, 1818.

§ 1.

Die Grundsätze über die strenge Haftung, die das B. G. B. §§ 701 ff. dem Gastwirt gegenüber dem Gaste für Schaden an eingebrachten Sachen auferlegt, sind vom B. G. B. nicht neu geschaffen worden. Sie sind von ihm aus dem gemeinen Recht übernommen worden, „als eiserner Bestandteil", wie Endemann[1]) sagt. Sowohl für das gemeine Recht, wie für das B. G. B. ist die Frage nach der rechtlichen Grundlage dieser Haftung des Gastwirts äußerst bestritten. Bevor wir uns aber mit dieser Frage näher beschäftigen, müssen wir kurz auf die rechtliche Grundlage der Schadensersatzpflicht im allgemeinen eingehen.

Schaden ist jeder Nachteil, den jemand an seinen Rechtsgütern, sei es den materiellen, sei es den immateriellen, erlitten hat. Grundsätzlich hat jeder den seine Rechtsgüter treffenden Schaden selbst zu tragen. Denn: casum sentit dominus. Aber es gibt gewisse Voraussetzungen, bei deren Vorliegen ein anderer herangezogen wird, um den Schaden wieder gut zu machen, zu ersetzen. Er ist dann zum Schadensersatz verpflichtet, er haftet für den Schaden, den der andere erlitten hat. Zu diesen Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht gehört u. a. eine genügende rechtliche Grundlage.

Rechtliche Grundlage der Schadensersatzpflicht ist nun nach dem B. G. B. entweder ein Rechtsgeschäft oder das Gesetz, das unmittelbar an einen bestimmten Tatbestand die Verpflichtung zum Schadensersatz anknüpft.

Die Römer unterschieden vier Entstehungsgründe der Schuldverhältnisse. Diese konnten entweder aus Kontrakten oder aus Quasikontrakten, aus Delikten oder aus Quasidelikten entstehen. So heißt es in den Institutionen: [2])

> „Sequens divisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio."

Auch im älteren gemeinen Recht behielt man diese Einteilung bei. Aber in der neueren Zeit erkannte man sie als unbrauchbar, da keineswegs alle Schuldverhältnisse in ihr untergebracht werden konnten — so führt Arndts[3]), obwohl er den Quasikontrakt noch beibehält, als Entstehungsgründe von Schuldverhältnissen außer Rechtsgeschäften und Delikten Zustände, zufällige Umstände an, aus welchen nach rechtlicher Vorschrift eine Obligation entspringt, ohne daß eine Handlung von der einen oder der

---

[1]) Endemann, a. a. O., 7. Aufl., S. 841.
[2]) J. III, 13,2. Vergleiche auch l. 1 pr. und l. 5 D. 44,7.
[3]) Arndts, a. a. O., S. 399.

andern Seite vorauszusetzen ist — und als überflüssig, da weder Quasikontrakte noch Quasidelikte vollständlich einheitlichen Grundsätzen unterliegen.

So kam man im neueren gemeinen Recht zu einer andern Einteilung. Windscheid[4]) sagt folgendes darüber:

„Forderungsrechte entstehen, wie Rechte überhaupt, entweder durch Rechtsgeschäft oder durch richterliche Willenserklärung oder durch irgend eine andere Tatsache, an welche das Recht die Entstehung eines Forderungsrechts anknüpft. In diesem Falle spricht man von einer gesetzlichen Entstehung des Rechts. Unter diesen andern Tatsachen, an welche das Recht die Entstehung eines Forderungsrechts anknüpft, sind hervorzuheben die Vergehen. Eine Orientierung unter den Entstehungsgründen von Forderungsrechten, die nicht Rechtsgeschäfte und nicht Vergehen sind, gewährt die Betrachtung, daß diese andern Entstehungsgründe entweder mehr nach der Seite der Rechtsgeschäfte oder mehr nach der Seite der Vergehen liegen."

Auch Wolters[5]) sagt:

„. . . . . wie überhaupt das Mangelhafte in der Theorie der Obligationen quasi ex contractu und quasi ex delicto von neueren Gelehrten und besonders von Weber[6]) hinlänglich gezeigt ist."

Wir haben also auch im neueren gemeinen Recht, außer der richterlichen Willenserklärung, die nur in ganz bestimmten Fällen, im Teilungsverfahren, in Betracht kommt, nur Rechtsgeschäft und Gesetz als rechtliche Grundlagen der Schadensersatzpflicht zu unterscheiden, wenn wir auch zur Orientierung und aus rechtsgeschichtlichen Gründen uns zum Teil mit der Betrachtung zu beschäftigen haben, daß diese andern Entstehungsgründe entweder mehr nach der Seite der Rechtsgeschäfte oder mehr nach der Seite der Vergehen liegen.

Wir werden nun zunächst uns mit der Frage beschäftigen, auf welcher rechtlichen Grundlage die gemeinrechtliche Haftung ex recepto beruht, dann werden wir die rechtliche Grundlage der Haftung des Gastwirts nach B. G. B. betrachten und werden zum Schluß einen Vergleich zwischen jener und dieser ziehen.

§ 2.

Wie oben erwähnt, kannte schon das römische Recht strengere Grundsätze über die Haftung des Gastwirts für Schaden an eingebrachten Sachen: allerdings noch nicht das alte Zivilrecht Roms, sondern erst der Prätor, dem trotz des Satzes praetor ius facere non potest durch sein Edikt, durch sein „ius dicere", faktisch die Macht gegeben war, neues

[4]) Windscheid-Kipp, a. a. O., S. 146.
[5]) Wolters, a. a. O., S. 2.
[6]) Webers Reflektionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des römischen Rechts.

Recht juris civilis adjuvandi, supplendi und corrigendi gratia zu schaffen, setzte in diesem Edikt eine strengere Haftung, als die normale für Vorsatz und Fahrlässigkeit, für die Gastwirte fest, indem er dem Gaste, dessen Sachen im Gasthaus beschädigt oder abhanden gekommen waren, gegen den Gastwirt besonders günstige Klagen gab. Diese Klagen gab der Prätor aber nicht juris civilis corrigendi gratia, auch nicht supplendi gratia, sondern adjuvandi gratia.[7]) Denn wohl hatte auch das Zivilrecht dem Gaste Schutz angedeihen lassen für den Fall, daß Sachen, die er in ein Gasthaus eingebracht hatte, beschädigt oder entwendet wurden. Hatte der Gastwirt dem Gaste gegen Entgelt ein Zimmer überlassen, so konnte der Gast mit der actio conducti auf Erfüllung der Verpflichtungen des Wirts, also auch auf Herausgabe der Sachen klagen; hatte der Gast unentgeltlich übernachtet, so konnte er gegen den Wirt die actio depositi oder die actio mandati directa anstellen, um seine Sachen von diesem wiederzuerlangen oder Schadenersatz für Beschädigung oder Entwendung derselben zu fordern. Aber wollte er mit diesen Klagen Erfolg gegen den Wirt haben, so mußte er, wenn er mit der actio conducti oder mit der actio mandati dicreta klagte, dolus und jede culpa desselben beweisen, wenn er mit der actio depositi klagte, dolus oder culpa lata des Wirts beweisen. Und das wird dem Gast oft sehr schwer, oft unmöglich gewesen sein, zumal in größeren Gasthäusern, wo viel Personal gehalten wurde und viele Fremde aus- und eingingen. Durch diese Notlage, in die die Gäste durch das Einbringen ihrer Sachen ins Gasthaus versetzt wurden, wurde der Prätor bewogen, den Reisenden, die in einem Gasthaus Unterkunft suchten, durch sein Edikt einen erhöhten Schutz zu verleihen. Noch ein anderer Umstand kam hinzu, weswegen der Prätor den Reisenden zu den unzulänglichen zivilen Klagen, die sie gegen den Wirt hatten, besondere Klagen gab. Das war der Umstand, daß die Wirte in Rom zu einer Klasse Menschen — Ulpian faßt sie unter der Bezeichnung „hoc genus hominum" zusammen — gehörten, die nicht im besten Rufe standen. Die Wirte galten als Betrüger — Horaz[8]) spricht von „perfidus caupo" — und als Leute, die mit den Dieben gegen ihre Gäste gemeinsame Sache machten. Es wird also häufig vorgekommen sein, daß die Reisenden, die gezwungen waren, in einem Gasthause zu übernachten und ihre Sachen einem betrügerischen Wirte anzuvertrauen, von diesem um ihre Sachen gebracht wurden, ohne daß es ihnen möglich war, einen dolus oder eine culpa des Wirts nachzuweisen. Allerdings konnten die Reisenden nach Zivilrecht gegen den Dritten, der die Sachen beschädigt oder entwendet hatte, wenn er ein liber homo war, eine actio furti oder eine condictio furtiva oder die actio legis Aquiliae anstellen. War der Beschädigende oder der Dieb ein servus des Gastwirts, so hatte der Reisende gegen diesen eine actio noxalis. Aber einmal mußte der Gast auch bei diesen actiones dolus oder culpa

[7]) Dies ergibt sich aus den beiden Stellen des Edikts: l. 1 § 1 D. IV, 9 und l. 3 § 1 D. IV, 9.

[8]) Horat., sat. I 1,29 und Horat., sat. I, 5,4, wo von maligni caupones gesprochen wird.

des Beklagten beweisen und zweitens wird er bei den ersteren Klagen von dem Beklagten, der meistens den niederen Klassen, wie z. B. dem Gesinde des Wirts, angehört haben mag, keinen ausreichenden Schadensersatz haben erlangen können.

§ 3.

Um also den Reisenden einen besonderen Schutz zu verleihen und dem Verkehr eine erhöhte Sicherheit zu geben, gab der Prätor den in ein Gasthaus einkehrenden Reisenden zwei Klagen, eine actio in factum rei persequendae causa comparata und eine actio in factum poenae persequendae causa comparata.

Er bestimmte nämlich einmal: [9])

„Nautae, caupones, stabularii quod cuiusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos judicium dabo."

Weiter heißt es im Edikt zur Begründung des Vorstehenden: [10])

„Maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum: nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant, et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos, quos recipiunt, coeundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus."

Ebenso sagt l. 3 § 1 D. 4,9:

„. . . . . miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles: nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret practor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum."

Nach dieser l. 1 D. 4,9 beruhte die Haftung des Wirts, wie klar ersichtlich ist, auf dem „salvum fore recipere". Der Wirt haftete ex recepto für die Integrität der Sachen, ganz unabhängig von Schuld oder Nichtschuld seinerseits oder von Seiten seiner Leute. Das Edikt verpflichtet, wie Goldschmidt [11]) sagt, den Gastwirt schlechthin, für die eingebrachten Sachen zu haften. Er soll für ein gewisses Resultat (die Integrität der Ladung) aufkommen, was allerdings indirekt zugleich eine Haftung für die Delikte gewisser Personen involviert. Daher auch hier von einem factum praestare die Rede ist (l. 1 § ult. l. 2, 3 pr. h. t.), aber zugleich wird scharf hervorgehoben, daß nicht die Vertretung dieses factum der Grund der Haftung ist: „item si servus exercitoris subripuit vel damnum dedit, noxalis actio cessabit, quia ob receptum suo nomine dominus convenitur." [12])

Was dieses receptum nun rechtlich war, auf welcher rechtlichen Grundlage also die Haftung des caupo ex recepto beruhte, darauf kommen wir unten näher zurück.

---

[9]) l. 1 pr. D. 4, 9.
[10]) l. 1,1 D. h. t.
[11]) Goldschmidt, Zeitschr. für Handelsrecht, III, S. 71.
[12]) l. 3 § 3 h. t.

§ 4.

Streng von dieser actio ex recepto zu unterscheiden ist die zweite actio in factum gegen den Wirt, eine actio poenae persequendae causa comparata, die quasi ex delicto gegeben wurde. In l. 5 § 6 D. 44,7 heißt es:

„Item exercitor navis aut cauponae aut stabuli de dolo aut furto, quod in nave aut in caupona aut in stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicuius eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exercet: cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio et aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur." [13])

Diese Poenalklage entspringt nicht ex recepto, „sondern aus einem von dem Aufnahmevertrage ganz unabhängigen Delikte." [14]) „Das salvum fore recipere ist", wie Goldschmidt [15]) sagt, „hier so wenig Voraussetzung der Haftung, daß es dem für die Strafklagen genügenden bloßen räumlichen Befinden im . . . Gasthaus . . . geradezu entgegengesetzt wird."

Bei den Strafklagen, soll nicht für ein Resultat," wie bei der actio in factum rei persequendae causa comparata, „sondern direkt für Delikte gehaftet werden." Wir haben also im römischen Recht, was viele garnicht erkannt haben, die Haftung des Wirts ex recepto streng zu scheiden von der Haftung des Wirts quasi ex delicto, für die Delikte seiner Leute, die hier für uns also garnicht in Betracht kommt, da uns nur die Haftung des Wirts ex recepto interessiert. Außerdem ist unseres Erachtens die actio in factum quasi ex delicto, da sie reine Poenalklage ist, im gemeinen Recht, das keine Klage auf Privatstrafe mehr kennt, nicht mehr anwendbar. Diese Auffassung vertreten u. a. auch Arndts und Glück, [16]) während Goldschmidt die actio quasi ex delicto für eine actio mixta, also eine actio rei et poenae persequendae causa comparata hält und sie deshalb auch im gemeinen Recht für noch anwendbar erklärt, nur daß sie nicht mehr in duplum gehe.

§ 5.

Nach l. 1, pr. hatte der Prätor ediciert:

„nautae **caupones** stabularii quod cuiusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos judicium dabo."

Die Klage, die der Prätor dem Gaste gab, richtete sich also gegen den Wirt, der Sachen des Gastes (mit dem Versprechen der Integrität) aufgenommen und nicht zurückgegeben hatte. Das „salvum fore recipere" bildet ja unzweifelhaft die Grundlage der actio ex recepto. Wir

---

[13]) vergl. l. 3 J. IV 5, l. 6 und 7 D. IV, 9 und l. un. D. 47, 5.
[14]) s. Zimmern, a. a. O., S. 291.
[15]) s. Gosdschmidt, Zeitschr. a. a. O., S. 69 ff.
[16]) Vergl. auch Sturm I, S. 21, und Müller a. a. O., S. 9.

kommen näher unten hierauf zurück. Vorher wollen wir uns kurz die tatsächlichen Voraussetzungen der Haftung klar machen und fragen uns zuerst: „Wer war der caupo?“ Die Quellen geben uns einigen Aufschluß darüber:

„Caupones autem . . . . eos accipiemus, qui cauponam . . . . exercent institoresve eorum“ [17])

und „eodem modo tenentur caupones et stabularii, quo exercentes negotium suum recipiunt: ceterum si extra negotium receperunt, non tenebuntur.“ [18])

Nach der herrschenden Meinung sind caupones Gastwirte, die in einem öffentlichen Gasthause Fremde, gewöhnlich gegen Bezahlung, aufnehmen, beherbergen und meistens auch beköstigen. Von ihnen sind zu unterscheiden nach Glück [19]) „die Schenk- und Speisewirte oder Traiteurs und die Billiardeurs, die nur das Recht haben, Gäste mit Speise und Trank zu bewirten, nicht aber zu beherbergen.“ Nach Harder [20]) ist es nicht nötig, daß die Gäste übernachten, [21]) sie müssen sich nur längere Zeit im Gasthof aufhalten und zu dem Wirt in ein ähnliches Verhältnis treten, wie ein übernachtender Gast, also z. B. sich ein Zimmer geben lassen.

Der Wirt haftet aber nur, wenn er im Betriebe seines Gewerbes die Gäste aufnimmt, exercens negotium suum. Er würde also nicht haften, wenn er Verwandte, die bei ihm zu Besuch weilten, im Gasthause übernachten ließe. Ebenso haftet natürlich nicht ein Restaurateur, der zufällig einmal einen Fremden bei sich beherbergt. Denn er ist kein Gastwirt, und es gehört nicht zu seinem Gewerbe, Fremde zum Uebernachten aufzunehmen. Wenn er einen Fremden aufnimmt, so nimmt er ihn nicht „exercens negotium suum“ auf.

Auch haftet der Gastwirt nicht, wenn er wie ein anderer Zimmervermieter, auf längere Zeit an jemanden Zimmer vermietet.

Welche Sachen es sind, für die der Wirt haftet, ist hier ziemlich nebensächlich. Kurz gesagt, es ist gleichgültig, ob die Sachen dem Gaste gehören oder nicht, wenn er nur ein Interesse an der Integrität der Sachen hat — si tamen nostra intersit salvas esse [22]) — ob es Waren sind oder Sachen zum täglichen Gebrauch; der Wirt haftet für Rückgabe und Integrität alles dessen, was ins Gasthaus eingebracht ist.

Ueber die Aufnahme des Gastes und den Beherbergungsvertrag siehe § 13.

§ 6.

Was heißt nun: die Sachen sind eingebracht, recipiert? Was heißt überhaupt in l. 1 pr. D. 4,9 „recipere?“ Damit kommen wir wieder

[17]) l. 1 § 5 h. t
[18]) l. 3 § 2 h. t.
[19]) Glück, a. a. O., S. 107.
[20]) Harder, a. a. O., S. 221 ff.
[21]) ebenso Erk. d. R. O. H. G. vom 19. März 1875.
[22]) l. 1, § 7 h. t.

zu unserer Hauptfrage zurück: auf welcher rechtlichen Grundlage beruht die Haftung des caupo ex recepto. Denn unzweifelhaft bildet das „salvum fore recipere" die rechtliche Grundlage der Haftung ex recepto. Wissen wir also, was unter „recipere" zu verstehen ist, so haben wir damit auch die Lösung unserer Frage, welches die rechtliche Grundlage der Haftung ex recepto ist.

Daß der Gastaufnahmevertrag nicht die rechtliche Grundlage der Haftung bildet, werden wir unten im § 13 ausführen.

Diejenigen, die sich überhaupt mit der Deutung des „recipere" beschäftigen, sind fast alle der Meinung, das „recipere" bedeute, jedenfalls ursprünglich, formlos versprechen. So sagt Glück[23]) „recipere" heiße, soviel als durch bloßen Vertrag, ohne Stipulation, versprechen, daß man etwas tun wolle. Dies sei nun der Fall bei denen, die die Schiffahrt oder Gastwirtschaft als Gewerbe betrieben. Denn diese versprächen, wo nicht immer ausdrücklich, so doch wenigstens stillschweigend, daß sie für die Sachen der Reisenden, die sie aufnähmen, haften wollten. Recipiunt salvum fore, wie Ulpian sagt.

Glück sagt nun, das Rechtsverhältnis zwischen dem Wirt und dem aufgenommenen Reisenden ließe sich richtiger aus einem stillschweigenden Vertrage herleiten, wodurch sie sich ipso facto receptionis verbindlich machten, ihren Gästen die größtmögliche Sicherheit zu gewähren, als quasi ex contractu. „Denn niemand werde gezwungen, das Gewerbe eines Gastwirts zu ergreifen; nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant. Hätten sie es nun aber einmal ergriffen, so müßten sie sich alles gefallen lassen, was die Gesetze ihnen an Beschwerlichkeiten auferlegten. Man hielte es zwar für unbegreiflich, daß sich der Wirt durch die Aufnahme stillschweigend verpflichten solle, auch für solche Beschädigungen zu haften, die er garnicht verschuldet habe, die aber doch auch nicht durch einen unmöglich abzuwenden gewesenen Zufall verursacht worden seien. Aber hätten die Gesetze einmal verordnet, daß jeder Wirt auch für solchen Schaden haften müsse, so ließe sich allerdings behaupten, daß der Wirt gleich bei der Errichtung des Gasthauses sich stillschweigend auch zu deren Uebernehmung verpflichte.

Das ist Glück ja ohne Zweifel zuzugestehen, daß, wenn hier ein Vertrag der Art, wie Glück ihn annimmt, vorliegt, der Wirt sich durch die Aufnahme stillschweigend verpflichtet und verpflichten muß, wenn nicht die Haftung durch besonderen Vertrag abgeändert wird, auch für solche Beschädigungen zu haften, die er garnicht verschuldet hat. Denn wenn das Gesetz an einen Vertrag eine bestimmte Haftung knüpft, so übernimmt die Partei, der die Haftung auferlegt ist, mit dem Vertragsschluß selbstverständlich die Haftung. Aber damit ist doch durchaus nicht bewiesen, daß hier nun wirklich ein solcher Vertrag über die Uebernahme der Haftung vorliegt.

Glück läßt also die Haftung des Wirts auf einem besonderen Vertrage über die Haftung beruhen, „indem in Gemäßheit der l. 3 D. h. t.

---

[23]) Glück, a. a. O., S. 106.

die Verbindlichkeit ex recepto zu der aus einem Kontrakt vorhandenen Verbindlichkeit hinzutritt und mit derselben besteht." [24]) Ebenso wie er leitet auch Arndts [25]) die Haftung des Wirts für die Restituierung der den aufgenommenen Gästen gehörenden Sachen aus einem stillschweigenden Vertrage her. Doch sagt er, die daraus entstehende actio in factum de recepto sei unabhängig von dem sonstigen Rechtsverhältnis, das zwischen Wirt und Gast bestehe.

Auch Müller [26]) sagt, das „salvum fore recipere" heiße soviel wie „Sachen übernehmen und sich ausdrücklich oder stillschweigend zur Aufbewahrung derselben verpflichten." [27]) Diese Aufnahme, aus der die Haftung entstände, sei ein Vertrag, „da das receptum auf dem übereinstimmenden Willen des Recipienten und des Reisenden beruhe, ob es nun ausdrücklich oder stillschweigend abgeschlossen werde." Auch er nimmt also ebenso wie Glück an, daß ein Vertrag über die Haftung abgeschlossen werde. Ebenso wie Glück behauptet auch er nur einen Vertrag, begründet aber nicht diese Behauptung, sondern begründet nur ebenso wie Glück, daß ein solcher Vertrag vorliegen könne. Er sagt: „daß sich dadurch (durch den Vertrag, der Verfasser) der Recipient den strengen Verpflichtungen, die im prätorischen Edikt ausgesprochen sind, unterwirft, ist von gar keinem Einfluß auf die Natur des Rechtsverhältnisses. Denn bei jedem Vertrage, der, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, geschlossen wird, unterwerfen sich beide Teile von selbst den Bedingungen, die von den Gesetzen an jenen geknüpft sind." Das ist ja, wie wir schon oben gesagt haben, selbstverständlich.

Müller hält das receptum zu den pacta praetoria gehörig. Dieser Ansicht sind auch Puchta [28]) und Wolters. [29]) Letzterer sieht darin, daß der Wirt einen Gasthof eröffnet, eine Offerte des Gastwirts an die Reisenden, bei ihm einzukehren. Diese Offerte werde dann von dem Gaste angenommen und der Gastwirt gäbe dann durch das factum der Aufnahme des Gastes das stillschweigende Versprechen ab, für Person und Sachen des Gastes garantieren zu wollen. Diese Ansicht Wolters, die auch Madai [30]) vertritt, ist wohl als veraltet anzusehen. Allgemein ist jetzt wohl anerkannt, daß das, was Wolters für eine Offerte hält, nur eine Aufforderung zur Offerte ist, und daß der Gast eine Offerte machen muß, die der Gastwirt dann annimmt bezw. nicht annimmt. [31])

[24]) Glück, a. a. O., S. 126.
[25]) Arndts, a. a. O., § 289, S. 515.
[26]) Müller, a. a. O., S. 14 f.
[27]) cf. Lenel, edictum perpetuum, S. 104.
Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, Bd. 1, S. 93.
Dernburg, Pandekten, Band 2, § 39 Nr. 3.
[28]) Puchta, a. a. O., S. 365.
[29]) Wolters, a. a. O., S. 2 ff.
[30]) Madai, a. a. O., S. 376 ff.
[31]) So schon Vangerow, a. a. O., Bd. 3, S. 465.

§ 7.

Um nun beurteilen zu können, ob das receptum zu den pacta praetoria gehöre oder nicht, müssen wir uns erst einmal kurz klar machen, was ein pactum praetorium ist.

Um eine gültige und klagbare Verbindlichkeit zu begründen, war bei den Römern meistens eine bestimmte Form des Vertragsabschlusses erforderlich. Die Verträge, die sogenannten contractus, wurden entweder re, verbis oder litteris abgeschlossen. Nur ausnahmsweise konnten gültige contractus nudo consensu geschlossen werden. Das waren die sogenannten Konsensualkontrakte, zu denen aber nur eine ganz bestimmte Anzahl von Verträgen gehörte. Wurden sonstige Verabredungen formlos getroffen, so lag nur ein sogenanntes pactum vor, das eben wegen seiner Formlosigkeit auch klaglos, ein pactum nudum war. Ulpian [32]) sagt:

> „Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem."

Einzelne dieser pacta nuda wurden im Laufe der Zeit mit Klagbarkeit „bekleidet". Diese pacta nannten die Glossatoren im Gegensatz zu den pacta nuda pacta vestita; zu ihnen gehörten die pacta in continenti adjecta, pacta praetoria und pacta legitima. Die pacta praetoria erhielten ihren Namen von den Glossatoren aus dem Grunde, weil sie vom Prätor die Klagbarkeit erhalten hatten.

Haben nun diejenigen recht, die das receptum zu den pacta praetoria rechnen? Zwar nach den oben ausgeführten Ansichten von Glück, Arndts, Müller ꝛc. liegt eine formlose, meistens sogar stillschweigende Uebereinkunft zwischen Wirt und Gast vor, die der Prätor mit einer Klage versehen habe, indem er erklärte:

> „nautae caupones stabularii, quod cuiusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos judicium dabo."

§ 8.

Aber ist denn in der Tat das receptum nur eine formlose Uebereinkunft? Genügt eine solche, um die Haftbarkeit des Wirtes zu begründen? Unseres Erachtens kann der nudus consensus, der beim pactum praetorium erforderlich und genügend ist, das receptum nicht begründen. Dies hat z. B. auch Weiß sehr wohl eingesehen, nennt aber trotzdem das receptum ein pactum praetorium, das allerdings, wie er sagt, die Natur eines Realkontraktes habe. Er versteht unter einem pactum praetorium also etwas ganz anderes, als was wir darunter verstanden haben. Er sagt u. a.: [33])

Der bloße Konsensualkontrakt könne das receptum nicht begründen. Beim Kauf sei nur der consensus erforderlich; aber beim receptum sei noch die Illation der Sachen erforderlich, und zwar sei diese ein wesentliches Erfordernis, wie bei allen Realkontrakten. „Ich fasse also", sagt

---

[32]) l. 7,4 D. 2,14.
[33]) Weiß, a. a. O., S. 310 ff.

Weiß, „das receptum vom Standpunkt des römischen Rechts auf als ein pactum praetorium, das die Natur eines Realkontraktes hat und im System zweckmäßig seine Stelle unmittelbar hinter dem depositum zu finden hätte. Das receptum selbst aber definiere ich als die in dem Edikt den Wirten auferlegte und in ihrem Umfange vorgeschriebene Garantie für die Integrität von Effekten bei ihnen eingekehrter Reisender, die geboren wird durch die Tatsache der Illation unter hinzutretendem generellen Consense des Wirtes."

§ 9.

Wollen wir uns die rechtliche Grundlage des Rechtsverhältnisses, das zwischen Wirt und Gast im gemeinen Recht bestand, in richtiger Weise klar und verständlich machen, so müssen wir einerseits uns streng an die Quellen halten, andrerseits uns den geschichtlichen Werdegang des receptum vor Augen führen. Einen wesentlichen Anhalt hierfür geben uns Goldschmidt und Sturm.

Zu der Zeit, in der es noch keine gesetzlichen Bestimmungen über die besondere Haftpflicht der Gastwirte gab, wird der Gast, der gezwungen war, in einem Gasthause zu übernachten und seine Sachen einem ihm gänzlich unbekannten Wirte anzuvertrauen, mit diesem neben dem Beherbergungsvertrag noch einen besonderen Vertrag über die Aufbewahrung seiner Sachen abgeschlossen haben. So nimmt Goldschmidt [34]) einen solchen Vertrag an und meint, die Wirte hätten die Haftung für die Sachen des Gastes durch die Worte „salvum fore recipio" übernommen. Daß diese so häufig mit Nachdruck wiederholten Worte „salvum fore recipere" ein wirkliches Versprechen, für die Integrität der Ladung einstehen zu wollen, eine Garantieübernahme, bezeichneten, könne nicht zweifelhaft sein. Von den verschiedenen Bedeutungen des Wortes „recipere" kämen nun in Betracht nur entweder „annehmen, aufnehmen, übernehmen", oder „auf sich nehmen, über sich nehmen, übernehmen, versprechen, garantieren". Danach habe man also unter „salvum fore recipere" entweder aufnehmen, sodaß das aufgenommene Gut unversehrt bleiben soll", also „aufnehmen mit dem Versprechen, für die Integrität einzustehen" oder „nur versprechen, für die Integrität einzustehen", zu verstehen.

Im ersten Falle läge der Nachdruck auf der tatsächlichen Uebernahme der Waren, und das Versprechen träte als Modalität der Annahme hinzu, durch die Worte „salvum fore" bezeichnet.

Im zweiten Falle läge der Nachdruck auf dem Versprechen, und die tatsächliche Uebernahme der Waren würde als selbstverständliche Voraussetzung der Wirksamkeit des Garantieversprechens subintelligiert.

Goldschmidt schließt sich dieser zweiten Auffassung an und sagt, an dieses formale Versprechen habe der Prätor angeknüpft: Einmal, indem er solche formelhafte Erklärung in eine feste Form brachte, die jeden Zweifel an ihrer vollen Wirksamkeit ausschloß. Dann, indem er die Wirkung

[34]) Goldschmidt, Zeitschrift des Handelsrechts, Bd. 3, S. 58 ff.

des formelhaften Versprechens an die bloße Aufnahme des Gepäcks knüpfte. Goldschmidt nimmt ersteres an, indem er allerdings das recipere nur als aufnehmen versteht, aber mit dem einbegriffenen Garantieversprechen. Er nimmt also einen Vertragsschluß an. Allmählich aber, meint er, sei die alte Verkehrssitte entschwunden oder lästig geworden, und man habe sich daran gewöhnt, indem man die Mehrdeutigkeit des Wortes benutzte, das recipere von dem bloß tatsächlichen, ganz formlosen (vergl. l 1 § 3 mit § 6, 8) Akt der Aufnahme durch die dazu legitimierten Personen und das Garantieversprechen als stillschweigend darin inbegriffen zu verstehen. So habe sich aus dem ursprünglichen Garantieversprechen die gesetzliche oder, genauer ausgesprochen, die von Rechts wegen eintretende Garantieverpflichtung der klassischen Zeit entwickelt.

Goldschmidt definiert das receptum deshalb „als ein prätorisches Obligationsverhältnis, dessen juristischer Charakter darin besteht, daß unter bestimmten Voraussetzungen gewissen zivilen Vertragsverhältnissen eine umfassendere Garantieverpflichtung von Rechts wegen hinzutritt.“ [35])

Wir können hierin Goldschmidt nicht beistimmen, daß wir annehmen, aus dem ursprünglichen Garantieversprechen habe sich eine von Rechts wegen eintretende, einem zivilen Vertrage hinzutretende Garantieverpflichtung entwickelt. Auch wir sehen in dem receptum der späteren Zeit kein Garantieversprechen, sondern fassen das recipere als aufnehmen auf, aber nicht als ein rein tatsächliches Aufnehmen, an das der Prätor ohne weiteres die Haftung des Gastwirts knüpfte, sondern sehen in dem receptum einen Realvertrag, dergestalt, daß der Wirt durch die auf Grund einer Vereinbarung erfolgte Uebernahme der Sachen des Gastes für sich eine Verbindlichkeit mit gesetzlich bestimmtem Inhalt begründe. Wir kommen hierauf unten in § 12 näher zurück.

§ 10.

Sehr ansprechend entwickelt uns Sturm [36]) die Entstehungsgeschichte des receptum. Er sagt, „die Natur der Sache, d. h. die Unehrlichkeit der Wirte und die Unsicherheit des Verkehrs, hätten es unbedingt erforderlich gemacht, daß die Reisenden mit dem Gastwirt zwei Verträge abgeschlossen hätten: den einen über die Beherbergung des Gastes, den andern über die Aufbewahrung und Ueberwachung des Gepäcks. Denn daraus, daß der Wirt einen Fremden als Gast aufnähme und ihm Zimmer vermiete, folge durchaus noch nicht, daß er damit auch die Bewachung der Sachen, die der Gast mitbringe, übernähme.

Das Vorhandensein dieses alten Vertrages glaubt Sturm aus den Quellen beweisen zu können, und zwar aus l. 1 § 3 h. t. Es heißt hier:

> „Et sunt quidam in navibus, qui custodiae gratia navibus praeponuntur, ut ναυφύλακες et diaetarii, si quis igitur ex his receperit, puto in exercitorem dandam actionem, quia is, qui eos huius modi officio praeponit, com-

[35]) Goldschmidt, a. a. O., S. 97, ebenso Sintenis, a. a. O., S. 695 ff
[36]) Sturm I, a. a. O., S. 7 ff.

mitti eis permittit, quamquam ipse navicularius vel magister id faciat, quod χειρέμβολον appellant. Sed etsi hoc non exstet (exercet) tamen de recepto navicularius tenebitur."

Nach dieser Stelle schloß, wie Sturm meint, [37]) in alter Zeit der Schiffspatron oder der Schiffsmeister bei der Aufnahme von Sachen in das Schiff einen besonderen Verwahrungs- und Bewachungsvertrag, der ursprünglich durch die faktische Aufnahme der Sachen erfolgte, später infolge des wachsenden Verkehrs symbolisch durch Handauflegen auf die Ware geschlossen wurde: „χειρέμβολον", das Sturm mit manus immissionem übersetzt. [38])

Analog der Schiffsaufnahme wurde dieser Vertrag auf die Gastaufnahme in Gasthäusern im alten Recht ausgedehnt. Das symbolische Berühren der Sachen, das zur Zeit des Edikts die faktische Aufnahme, die sehr umständlich war, ersetzte, war nach Sturm unter Umständen mit einem Aufzählen verbunden, wie es uns auch § 8 wahrscheinlich macht:

„recipit autem salvum fore, utrum, si in navem res missae ei assignatae sunt: an, et si non sint adsignatae, hoc tamen ipso, quod in navem missae sunt, receptae videntur,"

während eben beim receptum ein solches Aufzählen nicht mehr erforderlich war, wie sich aus obiger Stelle ergibt.

§ 11.

Daß es einen alten Aufnahmekontrakt gegeben hat, beweisen die verschiedenen Stellen des Edikts, die von „salvum fore recipere" sprechen, wie z. B. 1 5 § 1, wo es heißt: „qui salvum fore recipit."

„Wäre ein reines Faktum im Anfang des Instituts genügend gewesen, die Klage zu geben", sagt Sturm, [39]) „so hätte es genügt, zu sagen: qui recipit; aber in Erinnerung an den alten, erst ausdrücklichen, dann, wie bei der Schiffsladung, überall symbolischen Vertrag setzte der Prätor die sonst unerklärlichen Worte „salvum fore" selbst in sein Edikt: „nautae caupones stabularii, quod cuiusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos judicium dabo."

Dieser symbolische Vertrag kam dann später, wie Sturm meint, infolge des wachsenden Verkehrs außer Uebung.

Auch uns erscheint es außer Zweifel, daß es einen solchen alten Aufnahmevertrag gegeben hat, mag er nun mündlich durch die Worte „salvum fore recipio", wie Goldschmidt meint, oder durch symbolische Handlung, durch das χειρέμβολον, wie Sturm meint, abgeschlossen sein. Sturm sagt völlig mit Recht: „Die Hülflosigkeit der Reisenden allein hätte dieses abnorme Gesetz nie geschaffen; römische Konsequenz hätte sich dagegen aufgelehnt, wenn es nicht vorher historisch

[37]) Sturm I, S. 9.

[38]) χειρέμβολον kommt von χειρ, die Hand, und ἐμβαλλω, hineinlegen, hineinwerfen, auch intransitiv gebraucht, Hand anlegen an etwas.

[39]) Sturm I, S. 9.

begründet gewesen wäre." Ein solcher, streng formaler Vertrag, aus dem sich erst allmählich ein freieres Institut entwickelte, war ganz nach dem konservativen und formalistischen Sinne der alten Römer.

§ 12.

Ganz mit Unrecht polemisiert Borck [40]) gegen Goldschmidt, wenn er meint, „ein solcher Formalismus wäre ein arges Verkehrshindernis gewesen. Es wäre unter Umständen schwer gewesen, dem Wirt nachzuweisen, daß er die Worte „salvum fore recipio" auch wirklich gesprochen und damit die Haftung übernommen hätte."

Erstens ist der Verkehr in den alten Gasthäusern der Römer in jener Zeit, der Zeit vor dem Edikt des Prätors, gewiß ein geringer gewesen, und zweitens lag für die Römer der damaligen Zeit gar kein so großes Verkehrshindernis in diesem Formalismus, da sie sämtliche Geschäfte mehr oder weniger streng formell abschlossen. Allmählich, als der Verkehr wuchs, wird ja auch ihnen das Formale des Geschäfts lästig geworden sein, und deshalb kam, wie Sturm ja auch meint, die symbolische Handlung außer Uebung.

Alle Gründe Borcks sind kein Beweis gegen den alten Vertrag, sondern es sind nur die Gründe, die schon den Prätor bewogen haben werden, die Haftung jetzt nicht mehr erst durch den alten Vertrag entstehen zu lassen, sondern schon an das receptum zu knüpfen, d. h. an die tatsächliche Aufnahme der Sachen des Gastes durch den Wirt.

Das recipere bedeutet unseres Erachtens das tatsächliche Aufnehmen, an das der Prätor die strenge Haftung des Wirtes anknüpfte, daher „salvum fore recipere". Nicht schlossen der Gast und der Wirt durch die Aufnahme, durch das receptum, einen Vertrag, dahingehend, daß der Wirt jetzt für die aufgenommenen Sachen des Gastes haften solle; das receptum war nicht ein stillschweigender Vertrag über die Haftung, sondern der Prätor bestimmte, daß sich an das receptum, an die tatsächliche Aufnahme der Sachen, unmittelbar die strenge Haftung des Gastwirts knüpfen solle. Aber die Aufnahme war doch nicht rein tatsächlicher Natur, sondern sie erfolgte mit Wissen und Willen des Wirts oder seiner zur Aufnahme legitimierten Leute. Ein receptum lag nicht vor, wenn irgendwelche untergeordnete Bedienstete des Wirts ohne dessen Auftrag die Sachen des Reisenden aufnahmen, wie es sich aus l. 1 § 5 ergibt:

> „ceterum si qui opera mediastini fungitur, non continetur, ut puta atriarii et focarii et his similes."

Uebereinstimmend hiermit ist für die Haftung der nautae bestimmt:

> „nec enim debet, inquit Pomponius, per remigem aut mesonautam obligari, sed per se vel per navis magistrum: quamquam si ipse alicui e nautis committi jussit, sine dubio debeat obligari."

Aus diesen beiden übereinstimmenden Stellen ist doch klar zu ersehen, daß der Wirt (bezw. der Schiffer) nur haftet, wenn die Sachen

[40]) Borck, a. a. O., S. 21 ff.

mit seiner oder seiner dazu bestellten Vertreter Einwilligung aufgenommen sind, daß es sich hier also um eine Uebereinkunft zwischen Wirt und Gast handelt. Aber diese Uebereinkunft wird nicht abgeschlossen über die Haftung des Wirts, sondern über die Aufnahme der Sachen des Gastes, an die sich dann die Haftung ohne weiteres kraft Ediktsbestimmung anknüpft. Hat der Wirt also die Sachen einmal aufgenommen, so haftet er. Es liegt somit ein reiner Realvertrag vor. Denn der Realvertrag kommt zustande durch die auf Grund einer Vereinbarung erfolgte Hingabe einer Sache oder Bewirkung einer Leistung, d. h. in unserem Falle: Die auf Grund einer Vereinbarung zwischen Wirt und Gast erfolgte Aufnahme der Sachen des Gastes durch den Wirt begründet die Verpflichtung des Wirts zu der strengen Haftung, die das Edikt an die Aufnahme knüpft.

§ 13.

Windscheid [41]) kommt bei der Untersuchung über die rechtliche Grundlage des receptum zu folgendem Resultat:

„Der mit dem Uebernehmenden abgeschlossene Vertrag kann nach seinem sonstigen Inhalt sein: Mietvertrag (l. 3 § 1 cit. tit.), unbenannter Vertrag (wenn die Gegenleistung des Einbringenden nicht in Geld besteht), Hinterlegung (l. 3 § 1 cit. tit.) und Auftrag. Daraus ergibt sich eine Schwierigkeit für die Einordnung dieser Lehre vom receptum ins System. Es bietet sich eine doppelte Möglichkeit der Auffassung dar. Man kann sagen, der Inhalt der Lehre vom receptum sei nichts als eine gesetzliche Modifikation der in den vorgedachten Verträgen übernommenen Vertragspflicht. Hiernach wäre diese Lehre bei einem dieser Verträge (am passendsten bei dem hier ohne Zweifel am häufigsten Platz greifenden Mietvertrage) vorzutragen und bei den übrigen Verträgen auf sie zu verweisen. Man kann aber auch sagen, der Uebernehmende begründe durch die Uebernahme für sich eine Verbindlichkeit mit gewissem, gesetzlich normierten Inhalt; im übrigen komme es auf die näheren Bestimmungen des Vertrages an, wozu er verpflichtet sei. Nach dieser Auffassung läßt sich das receptum, wie hier geschehen, unter die Realverträge stellen."

Niemals ist anzunehmen, daß der Inhalt der Lehre vom receptum nichts Anderes sei, als eine gesetzliche Modifikation der in den obengenannten zivilen Verträgen übernommenen Vertragspflicht. Diese Vertragspflicht macht der Gast geltend mit einer actio conducti, einer actio depositi oder einer andern zivilen actio. Ulpian [42]) sagt:

> „ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit: si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto: sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: si vero res per-

[41]) Windscheid, a. a O., Bd. 2, S. 398.
[42]) l. 3 § 1 h. t.

ferendas nauta conduxit, ex locato convenietur: sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse. miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles: .... et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit vel damnun datum est, nisi si quid damno fatali contingit."

Goldschmidt, der in dem receptum z. Zt. der klassischen Juristen eine unter bestimmten Voraussetzungen von Rechts wegen eintretende Garantieverpflichtung sieht, die stets einem vollkommen verbindlichen zivilen Vertrage hinzutritt, dessen Inhalt nach einer gewissen Richtung, nämlich hinsichtlich der Haftpflicht des Uebernehmers für die Integrität des Guts, modifiziert werde, führt gerade die l. 3 § 1 gegen die Annahme eines selbständigen Rechtsverhältnisses an. Er sagt, das der prätorischen Klage zu Grunde liegende Rechtsverhältnis sei das nämliche wie das, das die zivilen Klagen begründe: quia agi civili actione ex hac causa poterit. Und ganz entsprechend sei nicht etwa ein Gegensatz zwischen locatio und depositum einerseits und receptum andrerseits hingestellt, sondern es heiße: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur. at hoc edicto onnimodo. qui recepit, tenetur etc. und nicht hoc contractu oder hoc pacto. Und ebenso heiße es zu Anfang dieses Fragments: ex hoc edicto in factum actio proficiscitur.

Dem muß entgegengehalten werden, daß hier doch gerade immer ein Gegensatz konstruiert ist zwischen dem zivilen Vertragsverhältnis, aus dem die Ansprüche mit den zivilen actiones geltend gemacht wurden, und dem prätorischen Rechtsverhältnis, das der actio in factum de recepto zu Grunde lag, ob nun die Worte hoc edicto oder hoc pacto gebraucht sind. Denn in l. 1 § 3 und l. 3 § 3 h. t. sind wieder die Worte „de recepto tenebitur" und „ob receptum convenitur" gebraucht. Und gerade aus den Worten „et quia in locato conducto etc." ergibt sich, daß hier ein selbständiges Rechtsverhältnis vorliegt: Aus dem Miet- bezw. dem Verwahrungsvertrage haftet der Vermieter bezw. der Verwahrer für culpa bezw. dolus, aus dem receptum (at hoc edicto qui recepit) haftet der Aufnehmende auch sine culpa.

Aber andererseits ergibt sich aus l. 3 § 1 h. t., daß ein Beherbergungsvertrag schon abgeschlossen sein mußte, damit der Reisende aus dem Realvertrage, dem receptum, seine Ansprüche geltend machen konnte. Nur der Gast, d. h. der durch den Beherbergungsvertrag aufgenommene Reisende, konnte wirksam das receptum abschließen.

Es ist allerdings vielfach angenommen, daß der Gastwirt schon hafte, wenn der Gast die Sachen dem Hausdiener oder dem Hotelwagenführer übergeben habe.[43]) Aber auch l. 5 pr. h. t. spricht dafür, daß der Wirt nur einem durch Beherbergungsvertrag aufgenommenen Gaste zu der strengen Haftung verpflichtet sei.

[43]) So hat auch das Reichsgericht entschieden, s. R. G I, S. 83.

Wir halten danach das receptum für unabhängig von einem daneben abgeschlossenen Mietvertrage oder einem anderen zivilen Vertrage, der hier Anwendung finden könnte. Denn nicht ist das receptum nur eine gesetzliche Modifikation der z. B. durch den Mietvertrag übernommenen Vertragspflicht, sondern etwas Selbständiges, ein selbständiger Kontrakt, der allerdings nicht allein abgeschlossen wird, sondern auf Grund oder in Verbindung mit einem Mietvertrage und insofern doch wieder in gewisser Weise abhängig von dem Mietvertrage.

§ 14.

Wir sehen demnach in dem receptum einen reinen Realvertrag und sagen mit Windscheid, daß der Uebernehmende nur durch die Uebernahme der Sachen für sich eine Verbindlichkeit mit gewissem, gesetzlich normiertem Inhalt begründe, und daß sich darum das receptum unter die Realverträge stellen lasse.

Wir können nicht Sturms Meinung folgen, der sagt[44]), der alte symbolische Aufnahmevertrag sei es, an den sich der Prätor anschließe; der Prätor wolle nur jetzt diesen symbolischen Vertrag schon in der Aufnahme der Sachen durch die Untergebenen sehen. Und darum sei der Vertrag auch heute mehr als ein reiner Realvertrag; darum handele es sich nicht nur um einen gesetzlich normierten Inhalt, sondern um den alten Vertragswillen, die eingebrachte Sache immerfort zu bewahren.

Wohl mag sich der Prätor an den alten symbolischen Vertrag angeschlossen haben. Aber wir glauben nicht, daß im gemeinen Recht jemand noch an den alten symbolischen Vertrag denkt, noch glauben wir, daß der Wirt, wenn er Sachen der Reisenden in sein Gasthaus aufnimmt, an den alten Vertragswillen denkt, die Sachen immerfort zu bewahren, sondern daß er, wenn er die Sachen aufnimmt, durch die Uebernahme für sich eine Verbindlichkeit begründet, die einen bestimmten, gesetzlich normierten Inhalt hat, und zwar den Inhalt, daß er unabhängig von Schuld und Nichtschuld dafür einzustehen hat, daß der Gast seine Sachen unbeschädigt zurückerhält.

Borck[45]), der unter „salvum fore recipere“ in erster Linie die faktische Uebernahme (recipere) unter Hinzufügung der Garantieübernahme für die eingebrachten Sachen versteht, und zwar so, daß eine faktische Uebernahme ohne Garantieübernahme nicht denkbar ist, sagt, diese Auffassung entspräche der Absicht des prätorischen Edikts allein. Hielte man an der Vertragstheorie fest, so würden die Wirte nur aus dem Vertrage, also stets nur mit ihrem Willen haften, während die Absicht des Edikts doch dahin gegangen sei, sie auch wider ihren Willen für die eingebrachten Sachen haften zu lassen.

Auch ohne Vertrag haften sie unseres Erachtens stets nur mit ihrem Willen; nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant. Sie können jeden Reisenden, den sie nicht aufnehmen wollen, abweisen.

---

[44]) Sturm I, S. 20.
[45]) Borck, a. a. O., S. 23.

Andrerseits haften sie auch mit einem Vertrage gegen ihren Willen; denn haben sie einmal die Sachen des Reisenden aufgenommen, so haften sie ohne weiteres. Nur muß die Aufnahme mit ihrem Wissen und Willen geschehen. Es liegt nicht mehr in ihrem Willen, über die rezipierten Sachen einen Haftungsübernahmevertrag abzuschließen, sondern für die rezipierten Sachen, d. h. in unserem Sinne rezipierten Sachen, haften sie ohne weiteres. Denn die Uebereinstimmung des Wirts und des Gastes findet nicht über die Haftung des Wirts statt; das ist garnicht erforderlich. Daher kann hier auch kein pactum praetorium vorliegen. Sondern die Uebereinstimmung findet über die Aufnahme der Sachen statt; und an diese Aufnahme ist dann unmittelbar die Haftung geknüpft. Die auf Grund der Vereinbarung erfolgte Aufnahme begründet die gesetzlich normierte Verbindlichkeit des Wirts, macht den Vertrag klagbar, nicht der nudus consensus über die Haftung. Die rechtliche Grundlage der gemeinrechtlichen Haftung ex recepto ist ein Realvertrag.

§ 15.

Das B. G. B. hat, ebenso wie die meisten neueren Kodifikationen und im Anschluß an das gemeine Recht, strenge Normen für die Haftung des Gastwirts in Beziehung auf Schaden an eingebrachten Sachen gegenüber dem Gaste aufgestellt. Zwar ist es von den Gastwirten viel bekämpft worden, daß die genannte Haftung auch im B. G. B. besonders normiert werde.[46]) „Aber", wie die Motive[47]) sagen, „schiene es unzulässig, über die Haftung der Gastwirte schweigend hinwegzugehen, und damit auf die allgemeinen Grundsätze zu verweisen. Die Grundsätze, welche im Falle des Schweigens maßgebend wären, würden bei der eigentümlichen Natur des betreffenden Vertrages die Fremden den größten Gefahren deshalb aussetzen, weil der Fremde, wenn ein Verlust oder eine Beschädigung der eingebrachten Sachen eingetreten ist, regelmäßig den Beweis einer dem Gastwirt zur Last fallenden Verletzung einer kontraktlichen Pflicht als Ursache des Schadens zu führen haben würde, welcher Beweis nach der Natur der Dinge nur selten gelingen könnte." Also hauptsächlich zum Schutze der Gäste hat auch das B. G. B. den Wirten die strenge Haftung auferlegt.

Das B. G. B. bestimmt im § 701:

> „Ein Gastwirt, der gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt, hat einem im Betriebe dieses Gewerbes aufgenommenen Gaste den Schaden zu ersetzen, den der Gast durch den Verlust oder die Beschädigung eingebrachter Sachen erleidet. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Schaden von dem Gaste, einem Begleiter des Gastes oder einer Person, die er bei sich aufgenommen hat, verursacht wird oder durch die Beschaffenheit der Sachen oder durch höhere Gewalt entsteht."

[46]) vergl. z. B. die Schrift von Hoyer.
[47]) Motive, S. 585 ff.

Als eingebracht gelten die Sachen, welche der Gast dem Gastwirt oder Leuten des Gastwirts, die zur Entgegennahme der Sachen bestellt oder nach den Umständen als dazu bestellt anzusehen waren, übergeben oder an einen ihm von diesen angewiesenen Ort oder in Ermangelung einer Anweisung an den hierzu bestimmten Ort gebracht hat.

Ein Anschlag, durch den der Gastwirt die Haftung ablehnt, ist ohne Wirkung.

Das B. G. B. sagt nichts darüber, auf welchem rechtlichen Grunde die Haftung des Gastwirts beruht. Es erwähnt auch mit keinem Worte eines Vertrages, der etwa zwischen Wirt und Gast abgeschlossen wird, um die sonstigen Rechtsbeziehungen zwischen ihnen zu ordnen, etwa über die Miete eines Zimmers, die Beköstigung, Bedienung ꝛc. Wir können aus § 701 nur die tatsächlichen Voraussetzungen der Haftung entnehmen.

§ 16.

Die strenge Haftung tritt nämlich nur ein:

1. wenn es sich um einen Gastwirt handelt, der gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt,
2. wenn im Betriebe dieses Gastwirtsgewerbes
3. ein Gast von dem Wirt aufgenommen ist,
4. wenn die Sachen des Gastes in das Gasthaus eingebracht sind. [48])

Punkt 1 und 2 sind ohne Einfluß auf die Beurteilung der rechtlichen Grundlage der Haftung des Gastwirts. Wir lassen sie daher unberücksichtigt, zumal wir schon in unseren Ausführungen über die Beurteilung unserer Frage nach gemeinem Recht des Zusammenhangs wegen auf sie eingegangen sind und hier nur ungefähr dasselbe darüber zu sagen wäre. Punkt 3 und 4 dagegen bilden die Grundlage für die Beurteilung unserer Frage.

§ 17.

Was heißt nun: Der Gast ist von dem Gastwirt aufgenommen worden, und wann gilt der Gast als aufgenommen?

Die Motive [49]) verstehen unter „Aufnehmen" das „Aufnehmen" durch den Aufnahmevertrag, nicht nur ein tatsächliches Aufnehmen. Denn sie sagen:

> „Die besonders weitgehende Haftung des Gastwirts entspringt unmittelbar dem ausdrücklich oder stillschweigend abgeschlossenen Aufnahmevertrage."

„Ob und wann nun dieser Aufnahmevertrag im einzelnen Fall als abgeschlossen gilt, bleibt," wie die Motive sagen, „Aufgabe der Beurteilung des konkreten Falles; nichts steht entgegen, das Erfordernis der Aufnahme namentlich schon dann als erfolgt anzusehen, wenn der

[48]) vergl. Langen, S. 39, 40.
[49]) Motive, S. 585 ff.

Fremde am Eisenbahnhofe mit dem Führer des Gastwagens sich verständigt hat."

Die Motive müssen demnach, wenn sie konsequent sind, in der Verständigung des Gastes mit dem Führer des Gastwagens am Bahnhofe einen Vertrag, den sogenannten Aufnahmevertrag, sehen. Ob ein solcher immer abgeschlossen wird, und ob er überhaupt erforderlich ist, werden wir unten sehen.

§ 18.

Ebenso wie die Motive führt Langen [50]) die Haftung des Gastwirtes auf einen Aufnahmevertrag zurück:

> „Die besondere Haftpflicht entspringt direkt und ausschließlich dem zwischen den Parteien ausdrücklich oder stillschweigend geschlossenen Gastaufnahmevertrage, indem hier das Gesetz die gewöhnlichen Grundsätze über den Umfang der Haftung (§§ 276 und 278 B. G. B.) in bedeutend strengerem Sinne abändert und an die Stelle jener allgemeinen Haftung eine besondere setzt. Wie daher sonst die Haftung für einen bestimmten Grad von Verschulden direkt dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrage entspringt, so auch hier jene ausnahmsweise statuierte strenge Haftung . . . . Kraft gesetzlicher Dispositivnorm tritt diese besondere Haftpflicht mit Abschluß jenes Vertrages als naturale negotii ein."

Langen selbst kommt aber mit diesem Gastaufnahmevertrage nicht aus. Er sieht ein, daß in bestimmten Fällen die Haftung schon früher eintritt und früher eintreten muß. So sagt er, der Gast werde die strenge Haftung des Wirts meistens mit einer actio conducti geltend machen, da in der Regel der Gastaufnahmevertrag eine Art Mietvertrag sein werde, aber selbstverständlich nur, wenn der Gastaufnahmevertrag als solcher definitiv zustandekomme. Allerdings genüge eine vorläufige Aufnahme, selbst wenn es später zu einer definitiven Aufnahme nicht kommen sollte. Wenn z. B. die Verhandlungen zwischen Wirt und Gast über die Miete eines Zimmers sich zerschlügen und inzwischen das in der Portierloge eingebrachte Gepäck des Gastes gestohlen werde, so liege doch ein unabweisbares Verkehrsbedürfnis vor, daß die strenge Haftung des Wirtes trotzdem eintrete. Langen meint, man müsse dann den § 701 analog anwenden oder eine stillschweigende Zusage der besonderen Haftpflicht durch den Wirt annehmen.

In diesen Fällen liegt dann doch garkein Gastaufnahmevertrag vor und die Haftung kann demnach auch nicht aus diesem entspringen. Wenn man einen Gastaufnahmevertrag annehmen will, so muß man auch konsequent sein und die Haftung nur dann entstehen lassen, wenn wirklich ein solcher Aufnahmevertrag abgeschlossen ist.

---

[50]) Langen, a. a. O., S. 63 ff.

Aber entspringt die Haftung denn überhaupt dem Aufnahmevertrage? Finden wir im Gesetz einen Anhalt dafür? Wohl müssen wir Langen zustimmen, wenn er sagt: [51])

> „Sturms Annahme, daß überhaupt ein Aufnahmevertrag zwischen Gast und Wirt nicht geschlossen wird, ist mir unverständlich; sind denn die gesamten Rechtsbeziehungen zwischen Gast und Wirt aus der Aufnahme gesetzliche oder außerkontraktliche, nicht vertragsmäßige?"

In der Regel wird zwischen Wirt und Gast ein Aufnahmevertrag abgeschlossen werden, um die Rechtsbeziehungen zwischen ihnen zu regeln, aber damit ist doch durchaus nicht gesagt, daß aus diesem nun die Haftung entstände. Und in allen Fällen wird ein solcher ja nicht einmal abgeschlossen.

§ 19.

Der § 701 spricht nur von „einem im Betriebe des Gewerbes aufgenommenen Gaste", sagt aber nichts von einem Vertrage, während z. B. die §§ 433, 535, 688 u. a. ausdrücklich von einem Kauf-, Miet- resp. Verwahrungsvertrage sprechen. Sollte die Aufnahme in § 701 auf einem Vertrage beruhen, so hätte der § 701 doch irgend etwas davon sagen müssen. Aus dem jetzigen Wortlaut ist doch nicht im geringsten zu ersehen, daß es sich hier um einen Vertrag handeln solle. Im Gegenteil, der Wortlaut des § 701 gibt uns eine Handhabe dafür, anzunehmen, daß hier ein Vertrag als Grundlage nicht vorliegen kann. § 701 Abs. I, S. 2, sagt, die Haftpflicht trete nicht ein, wenn der Schaden von dem Gast . . . . . oder einer Person, die er bei sich aufgenommen habe, verursacht werde. Es wird gewiß niemand behaupten wollen, daß diese Aufnahme einer Person durch den Gast jedesmal durch einen Vertrag erfolge.[52]) Im Gegenteil, es ist hier ein „Aufnehmen" von rein tatsächlicher Natur gemeint. Und es ist doch anzunehmen, daß das Gesetz nicht in einem Absatz von einem vertragsmäßigen Aufnehmen und einem tatsächlichen Aufnehmen sprechen werde, ohne nur die leiseste Andeutung zu machen, daß es das zweite Aufnehmen anders verstanden wissen wolle als das erste. Deshalb sind wir der Ansicht, daß unter dem aufgenommenen Gast nur der rein tatsächlich aufgenommene Gast zu verstehen sei, und daß der Wirt auch einem solchen haften muß, daß also die rein tatsächliche Aufnahme genügende Voraussetzung für die Haftung sei; vorausgesetzt natürlich, daß auch die Sachen des Gastes schon eingebracht sind. Hierauf kommen wir unten näher zurück.

[51]) Langen, S. 67, Anm 6.
[52]) so auch Krzywoszynski, a a. O.

§ 20.

Auch Oertmann[53]) und Planck nehmen an, daß die Haftung des Gastwirts auf einem Aufnahmevertrage beruhe.

Planck[54]) führt dies folgendermaßen aus:

„Die Haftung beruht nicht auf der Annahme eines Quasidelikts, sondern die Grundlage des Verhältnisses bildet der zwischen dem Gaste und dem Wirte geschlossene Aufnahmevertrag. Aus diesem Vertrage erwächst für den Wirt neben der Verpflichtung zur Beherbergung des Gastes die Verpflichtung zur Fürsorge für die von dem Gaste eingebrachten Sachen."

Aber auch Planck kommt mit seiner Annahme eines Vertrages in Konflikt, wenn es sich darum handelt, den Wirt auch schon haften zu lassen, wenn der Aufnahmevertrag noch nicht definitiv abgeschlossen ist. Denn er sagt:[55])

„Dem Abschluß eines Vertrages dürfte es gleichzustellen sein, wenn die Aufnahme des Gastes in Aussicht genommen und mit Rücksicht hierauf einstweilen die Sachen vom Wirt oder seinen Leuten in Empfang genommen werden."

Nach Planck haftet der Wirt also auch für die Sachen, die der Gast dem Gastwagenführer mit der Erklärung übergeben hat, er wolle im Gasthause übernachten, auch wenn er nachher nicht dort übernachtet. In diesem Falle kann man doch aber nicht sagen, daß die Haftung des Wirts auf einem Gastaufnahmevertrage beruhe, sondern sie beruht hier auf einer irgendwie gearteten tatsächlichen Aufnahme des Gastes durch den Wirt oder seine Leute, denn der Gast schließt doch am Bahnhof niemals einen Gastaufnahmevertrag ab.

Wir sehen also, daß auch diejenigen, die die Haftung des Wirts aus einem Gastaufnahmevertrage entstehen lassen wollen, nicht damit auskommen, sondern in bestimmten Fällen, in denen ein unabweisbares Verkehrsbedürfnis vorliegt, daß die Haftung auch schon vor dem Abschluß des Gastaufnahmevertrages einträte, immer nach einem Ersatze suchen. In diesen Fällen handelt es sich immer um eine tatsächliche Aufnahme. Wenn also hier eine tatsächliche Aufnahme genügt, warum genügt sie denn sonst nicht? Warum muß man denn für die anderen Fälle einen Aufnahmevertrag konstruieren, der nicht einmal im Gesetz einen Halt findet?

Oertmann[56]) will für den Fall, daß noch kein definitiver Aufnahmevertrag abgeschlossen sei, einen provisorischen Aufnahmevertrag vorbehältlich endgültiger Einigung annehmen; mindestens aber, sagt er, liege ein Verwahrungsvertrag vor, aus dem der Wirt nach § 278 hafte. Das ist ja selbstverständlich. Aber damit liegt doch keine Haftung aus § 701 vor. Und um diese handelt es sich doch.

---

[53]) ſ jetzt Oertmann, 2. Aufl.
[54]) Planck, a. a. O., S. 445.
[55]) Planck, S. 447.
[56]) Oertmann, a. a. O., S. 435.

§ 21.

Wir sagen also: die Aufnahme des Gastes durch den Wirt oder seine Leute ist eine tatsächliche und als solche eine Voraussetzung des Eintritts der Haftung des Wirts. Nur diese Auffassung kann dem Verkehrsbedürfnis genügen und entspricht auch allein dem Wortlaut und dem wahren Willen des Gesetzes. Wollten wir der Auffassung Langens und Plancks folgen, so würden wir entweder dem Verkehrsbedürfnis nicht genügen oder inkonsequent sein müssen.

Sehr richtig sagt Enneccerus:[57])

„Der Wortlaut des § 701 nötigt keineswegs, die Planckſche Ansicht anzunehmen; denn ein Gast kann sehr wohl im Betriebe des Gewerbes aufgenommen sein, ohne daß der Vertrag über die Aufnahme bereits geschlossen ist, ja ohne daß dieser Vertrag überhaupt zustande kommt. Ferner aber müßte die Planckſche Ansicht, wenn sie streng festgehalten würde, zu unannehmbaren Konsequenzen führen; denn aus ihr würde folgen, daß die strenge Haftung des Wirts erst mit dem Abschluß des Aufnahmevertrages begänne, also überhaupt nicht eintrete, wenn dem Gastwirt oder dessen Leuten die Sachen vor dem Abschluß des Vertrages übergeben sind, es nachher aber, etwa infolge der Ueberfüllung des Gasthofes, zur vertragsmäßigen Aufnahme des Fremden überhaupt nicht kommt. Dies würde dem Bedürfnis und dem bisherigen Recht durchaus widersprechen und kann, als vom B. G. B. beabsichtigt, nicht angenommen werden."

§ 22.

Wir wollen nun noch kurz betrachten, worin die Aufnahme besteht, wann sie erfolgt; aber nur insoweit, als wir daraus ersehen können, daß nicht der Aufnahmevertrag die rechtliche Grundlage der Haftung ist, sondern daß es sich hier um eine tatsächliche Aufnahme handelt, die als solche Voraussetzung des Eintritts der Haftung ist.

Aufnahme im Sinne derer, die die Haftung durch einen Aufnahmevertrag entstehen lassen wollen, würde bei konsequenter Durchführung ihrer Auffassung nur die vertragsmäßige sein. Aber da man einsieht, daß es für den Schutz der Reisenden in manchen Fällen nicht genügt, wenn man die Haftung erst durch eine solche Aufnahme entstehen läßt, so nimmt man eine vorläufige Aufnahme an und dergleichen. Die Motive sagen z. B.: „Der Gast muß schon als aufgenommen gelten, wenn er am Bahnhof sich mit dem Hotelwagenführer verständigt und diesem sein Gepäck übergeben hat." Natürlich ist es auch unsere Ansicht, daß der Gast als aufgenommen gelten muß, wenn er sich mit dem Hotelwagenführer verständigt hat. Aber nach der Vertragstheorie darf es nicht angenommen werden. Ob die Motive in dieser Verständigung einen Aufnahmevertrag sehen, sagen sie nicht. Aber da sie die rechtliche Grundlage der Haftung nur in einem Vertrag sehen, muß man es wohl

[57]) Enneccerus a. a. O., S. 718.

annehmen. Wir können in dieser Verständigung des Gastes mit dem Hotelwagenführer aber niemals einen Aufnahmevertrag sehen. Höchstens könnte man annehmen, daß hier, wie im gemeinen Recht, wie oben ausgeführt, ein Vertrag über die Einbringung der Sachen abgeschlossen wird. Aber daß auch das nicht nach dem B. G. B. der Fall ist, werden wir unten sehen.

Das B. G. B. sagt uns über diese Frage nichts; es spricht nur vom aufgenommenen Gast; wann die Aufnahme als erfolgt gilt, darüber schweigt es. Es wird also Aufgabe der Beurteilung des konkreten Falls sein, wann die Aufnahme als erfolgt anzusehen sei. Jedenfalls wird irgendeine Mitwirkung des Wirtes oder seiner Leute dazu erforderlich sein. Daß sie dem Gaste ein Zimmer anweisen, ist nicht einmal nötig. Wir sehen eine Mitwirkung des Wirts oder seiner Leute und deshalb eine Aufnahme schon darin, daß sie dulden, daß der Fremde, der ins Gasthaus kommt, um dort zu übernachten, im Gasthaus verweilt, bis ihm mitgeteilt wird, daß er ein Zimmer erhalten könne. Der Gast muß während dieser Zeit unbedingt als aufgenommen gelten.

Langen [58]) will den Gast nur dann als aufgenommen ansehen, nachdem er eine zusagende Antwort erhalten habe. Würde nun, während er auf Antwort wartet, sein Gepäck gestohlen, sollte dann der Wirt nicht haften?

Dann sagt Langen aber wieder, es genüge auch eine vorläufige Aufnahme, selbst wenn es später zu einer definitiven Einigung nicht kommen sollte. Das ist doch genau dasselbe wie unser Fall, wo er auf Antwort wartet. Und da sollte ein Vertrag vorliegen, auf dem die Haftung beruht? Hier ist doch ganz klar aus Langens eigenen Worten ersichtlich, daß ein Vertrag überhaupt nicht erforderlich ist. Ebenso muß der Gast als aufgenommen gelten, wenn er sein Gepäck am Bahnhof dem Hausdiener oder dem Hotelwagenführer übergibt mit der Mitteilung, er wolle in dem betreffenden Gasthaus übernachten.

Enneccerus sagt hierüber S. 1718:

> „Die Aufnahme erfolgt regelmäßig infolge des ausdrücklichen oder stillschweigenden Abschlusses über die Aufnahme zwischen Wirt und Gast. Gleichwohl ist die Aufnahme selbst, soweit sie für die Entstehung der strengen Haftpflicht in Betracht kommt, tatsächlicher Natur und von der Gültigkeit des Gastaufnahmevertrages nicht abhängig. Auch kann die Aufnahme sehr wohl provisorisch erfolgen, und eine solche wird, was die Haftung für die eingebrachten Sachen betrifft, anzunehmen sein, wenn die Sachen in Erwartung der Aufnahme den Leuten des Wirts übergeben oder in dem Hotelwagen des Wirts untergebracht sind; denn in dem Annehmen dieser Sachen liegt die stillschweigende Zusage, sie einstweilen wie die Sachen eines aufgenommenen Gastes zu behandeln und ihnen also auch die entsprechende Sicherheit gewähren zu wollen."

[58]) Langen, S. 45.

Natürlich müssen die Leute unbedingt Leute des Wirts sein. Denn der Reisende wird ja garnicht, wenn er sich an irgend einen Fremden wendet, im Betriebe des Gastwirtsgewerbes des Wirts aufgenommen, wenn dieser auch äußerlich scheinbar als Bediensteter des Wirts anzusehen war. Wollte man auch den Absatz II des § 701 analog auf die Aufnahme anwenden, so würde doch dadurch niemals die Haftung des Wirts durch Aufnahme des Gastes durch einen Fremden gerechtfertigt. Denn es heißt da:

> „Als eingebracht gelten die Sachen, welche der Gast dem Gastwirt oder Leuten des Gastwirts, die zur Entgegennahme der Sachen bestellt oder nach den Umständen als dazu bestellt anzusehen waren . . . ."

Hier ist doch nur von „Leuten des Gastwirts" die Rede. Die Aufnahme kann also eventuell erfolgen durch Leute des Wirts, die als dazu bestellt anzusehen waren, in Wirklichkeit aber garnicht hierzu bestellt waren; nie aber durch Fremde. Würde dem Gast z. B. bei seinem Eintritt ins Gasthaus der Koch entgegenkommen, der doch sicher nicht zur Aufnahme des Gastes bestellt ist, die Sachen des Gastes entgegennehmen und auf Befragen des Gastes erklären, es seien noch Zimmer frei, er könne im Gasthaus übernachten, so könnte der Gast, wenn sich kein anderes Personal zeigt, annehmen, der Koch sei zur Aushilfe für den Augenblick dazu bestellt, Gäste anzunehmen, da vielleicht das andere Personal augenblicklich anderweitig beschäftigt sei; er muß in diesem Fall als aufgenommen gelten, während ein Fremder den Gast niemals im Betriebe des Gewerbes des Wirts aufnehmen könnte.

Meldet ein Gast sich bei einem Wirt von auswärts an und sendet seine Sachen voraus, so erscheint es zweifelhaft, ob der Gast schon als aufgenommen gilt und der Wirt daher haftet. Hat der Wirt auf die Bestellung des Zimmers hin ein solches für den Gast in Bereitschaft gestellt, so muß unseres Erachtens der Gast als aufgenommen gelten. Der Wirt hat dann, wenn auch nicht gegenüber dem Gaste, seinen Willen geäußert, den Gast zu beherbergen, es hat also eine Mitwirkung seinerseits stattgefunden; der Gast gilt als aufgenommen. Hat der Wirt dagegen dem Gast mitgeteilt, er könne ihn nicht beherbergen, der Gast aber inzwischen sein Gepäck an das Gasthaus abgeschickt, so kann der Gast nicht als aufgenommen gelten und der Wirt auch nicht mit der strengen Haftung nach § 701 B. G. B. in Anspruch genommen werden. Er haftet dann eventuell als Verwahrer. In der Regel wird man also die Aufnahme schon dann als erfolgt ansehen können, wenn der Gast in irgend eine Beziehung zu dem Wirt getreten ist. Genauer ausgedrückt ist die Aufnahme ein tatsächlicher Vorgang, zu dem eine Tätigkeit des Gastes und eine irgendwie geartete Mitwirkung des Gastwirts oder seiner Leute erforderlich ist und durch den der Gast zum Gastwirt in ein Verhältnis tritt, das die Beherbergung des Gastes bezweckt.

§ 23.

Was bedeutet nun die Einbringung der Sachen? Wann gelten sie als eingebracht? Das B. G. B. sagt uns im § 701 Absatz II über die Einbringung:

> „Als eingebracht gelten die Sachen, welche der Gast dem Gastwirt oder Leuten des Gastwirts, die zur Entgegennahme der Sachen bestellt oder nach den Umständen als dazu bestellt anzusehen waren, übergeben oder an einen ihm von diesen angewiesenen Ort oder in Ermangelung einer Anweisung an den hierzu bestimmten Ort gebracht hat."

Der § 701 II sagt uns ganz genau, welche Sachen als eingebracht gelten; was aber die Einbringung der Sachen zu bedeuten hat, ob sie ein tatsächlicher Vorgang ist oder ob über sie ein Vertrag abgeschlossen wird usw., darüber sagt uns der Absatz II nichts ausdrücklich; wir werden aber unseres Erachtens aus dem Wortlaut entnehmen können, um was es sich hier handelt.

Erfordert wird zum Beginn der Haftpflicht, wie Macdonald [59]) sagt, daß der Gastwirt zu den Sachen des Gastes in ein solches tatsächliches Verhältnis getreten ist, um die Obhut über dieselben ausüben oder ausüben lassen zu können. Das tut der Wirt,

1) wenn der Gast ihm oder seinen Leuten, die zur Entgegennahme der Sachen bestellt oder nach den Umständen als dazu bestellt anzusehen waren, die Sachen übergeben hat;
2) wenn der Gast die Sachen an einen ihm von den obengenannten Personen angewiesenen Ort oder
3) in Ermangelung einer Anweisung an den hierzu bestimmten Ort gebracht hat.

Macdonald sagt, daß der Wirt zu den Sachen des Gastes in ein tatsächliches Verhältnis bestimmter Art getreten ist. Ist nun solch ein tatsächliches Verhältnis genügend?

Nach 1 und 2 ist zur Einbringung ein Mitwirken des Wirtes oder seiner Leute oder wenigstens doch die Kenntnis dieser Personen Voraussetzung der Einbringung. Danach wäre möglich ein Vertrag, der zwischen dem Gast und dem Wirt oder seinen Leuten über die Einbringung und die daran sich anschließende Haftung abgeschlossen würde. Aber nach 3 erfolgt eine Einbringung auch dann, wenn der Gast die Sachen in Ermangelung einer Anweisung an den hierzu bestimmten Ort gebracht hat. „Hieraus folgt", wie Langen sagt, „daß weder die Kenntnis des Gastwirts noch seiner Leute Voraussetzung für die Eigenschaft der Sachen als eingebrachter ist; denn jedenfalls die unter 4 (bei uns ist es unter 3, der Verfasser) vorgesehene Möglichkeit kann verwirklicht werden, ohne daß weder der Gastwirt noch dessen Leute von dem Einbringen Kenntnis erlangt haben müssen."

Ebenso sagt Cosack: [60]) „Die Einbringung von Sachen bei einem

[59]) Macdonald, S. 17.
[60]) Cosack, a. a. O., S. 569.

Gastwirt könne ohne Vorwissen des Wirts geschehen und brauche deshalb nicht einen Vertrag vorzustellen."

Wir haben also gesehen, daß als eingebracht auch Sachen gelten, die ohne Wissen des Wirts oder seiner Leute vom Gast an einen für die Sachen bestimmten Ort gebracht sind, wenn dies auch nicht die Regel sein wird. In der Regel wird der Gast, der ins Gasthaus kommt, seine Sachen dem Gastwirt oder seinen Leuten übergeben oder sie an einen ihm von diesen angewiesenen Platz bringen. Hier könnte man selbstverständlich einen Realvertrag oder einen stillschweigenden Vertrag über die Haftung annehmen. Unmöglich aber ist ein Vertrag in dem oben unter 3 erwähnten Falle. Der Wirt erfährt hier überhaupt nichts davon, daß die Sachen eingebracht sind, wie kann er denn da einen Vertrag schließen?

§ 24.

Enneccerus [61]) glaubt im Gegensatz zu Plancks Kommentar einen besonderen Vertrag annehmen zu müssen, durch den der Gastwirt die Fürsorge für die Sicherheit der eingebrachten Sachen übernehme. Dieser Vertrag werde durch die Einbringung mit ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung des Gastwirts oder der dazu befugten oder als befugt anzusehenden Leute des Wirts abgeschlossen. Die Aufnahme ist nach ihm, wie oben gesagt, soweit sie für die Entstehung der strengen Haftpflicht in Betracht komme, tatsächlicher Natur und von der Gültigkeit des Gastaufnahmevertrages nicht abhängig.

Enneccerus nimmt also den entgegengesetzten Standpunkt wie Planck und Langen [62]) ein und glaubt vor diesen einen besonderen Vorteil voraus zuhaben dadurch, daß, wenn ein Aufnahmevertrag nicht zustande käme, nach seiner Auffassung trotzdem die Haftung für die vorher eingebrachten Sachen einträte. In manchen Fällen biete ja seine Auffassung auch einen gewissen Vorteil, wenn auch in den meisten Fällen, wo der Aufnahmevertrag nicht zustande kommt oder ungültig ist, es dem Fürsorgevertrage ebenso ergehen würde, wie Langen mit Recht hervorhebt; aber Enneccerus findet mit seiner Auffassung gar keinen Anhalt im Gesetz; ja, das Gesetz widerspricht ihr direkt, wenn es sagt, daß als eingebracht auch diejenigen Sachen gelten sollen, die der Gast in Ermangelung einer Anweisung an den hierzu bestimmten Ort gebracht hat.

§ 25.

Von der Auffassung, in der Einbringung der Sachen einen Verwahrungsvertrag zu sehen, ist man jetzt wohl allgemein zurückgekommen; der Hauptvertreter dieser Auffassung war Endemann. [63]) Diese Konstruktion eines Verwahrungsvertrages war unhaltbar, was sich besonders daraus ergibt, daß bei der Einbringung eine Uebergabe der Sachen nicht

[61]) Enneccerus, a. a. O. S. 719.
[62]) Langen, S. 65, Anm. 4 hebt dies selbst hervor.
[63]) Endemann, 7. Auflage, S. 842.

erforderlich ist und der Wirt garnicht Besitzer der Sachen wird, sondern das Einbringen genügt eben, d. h. eventuell das Hinstellen der Sachen durch den Gast an einen hierzu bestimmten, ihm weder vom Wirt noch von seinen Leuten angewiesenen Ort, und der Gast bleibt unmittelbarer Besitzer seiner Sachen. Schon die Motive [64]) verwarfen diese Auffassung und Endemann [65]) selbst hat sie in einer späteren Auflage aufgegeben.

Auch Sturm lehnt streng einen Verwahrungsvertrag ab und sagt: „Wenn ich meine Sachen ins Hotel bringe und das Zimmer betrete, so denke ich nicht an einen Verwahrungsvertrag, mit dem ich etwa einen Koffer beim Bahnhofsportier lasse, noch an einen Mietvertrag, wo ich für mich einstehe, sondern ich denke, daß ich hier als Gast sicher wie zu Hause bin von dem Moment an, wo ich die Sachen dem Hausdiener gab, mag mir auch der Wirt des großen Hotels garnicht zu Gesicht kommen."

§ 26.

Wann die Einbringung sonst als erfolgt gilt, daß die Sachen z. B. schon als eingebracht gelten, wenn sie nur in dem Gasthauswagen des betreffenden Gasthauses untergebracht sind, interessiert uns hier weiter nicht. Uns genügt, festzustellen, daß die Einbringung ein tatsächlicher Vorgang ist, der bestehen kann in der Uebergabe der Sachen an den Wirt oder seine Leute, der aber auch schon dann als vollzogen gilt, wenn die Sachen vom Gaste an einen hierzu bestimmten Ort, sei es in das Gasthaus oder den Gastwagen oder an einen anderen Ort gebracht sind, ohne daß der Wirt oder seine Leute eine Kenntnis davon haben. Daß die Kenntnis des Wirts oder seiner Leute dem Gast den Beweis erleichtert, daß er die Sachen eingebracht hat, ist natürlich zuzugestehen, ist aber für die Einbringung an und für sich belanglos. Selbstverständlich gestehen wir zu, daß zwischen Wirt und Gast bei der Einbringung ein besonderer Vertrag über die Haftung des Wirts für die Integrität der eingebrachten Sachen des Gastes abgeschlossen werden kann, aber erforderlich ist dies nicht. Die Haftung ist nicht abhängig von diesem Vertrage; sie würde auch ohne ihn eintreten.

§ 27.

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, daß sowohl die Aufnahme des Gastes als auch die Einbringung der Sachen tatsächliche Vorgänge sind, bei deren Vorliegen die Haftung des Gastwirts für Schaden an den eingebrachten Sachen des Gastes kraft Gesetzes eintritt, ganz unabhängig von einem zwischen Gastwirt und Gast abgeschlossenen Aufnahmevertrage oder einem Fürsorgevertrage bezüglich der eingebrachten Sachen. Liegen diese beiden Voraussetzungen vor, so knüpft daran das Gesetz die Pflicht des Gastwirts, für die eingebrachten Sachen des auf-

---

[64]) Motive, S. 842.
[65]) Endemann, 8. Aufl., S. 1166 f.

genommenen Gastes zu haften. Nicht etwa genügt das Einbringen allein, wie Endemann meint. Endemann sagt: [66]) „Gast und Gastwirt schlössen einen Beherbergungsvertrag ab. Aber das Gesetz habe nicht an diesen eine strengere Haftung geknüpft, sondern ein solcher sei überhaupt nicht erforderlich dafür, daß die Haftung eintrete. Das Gesetz knüpfe an einen tatsächlichen, in seiner Wirkung von dem Beherbergungsvertrag unabhängigen Vorgang, an das Einbringen der Sachen des Gastes, gewisse rechtliche Folgen. Durch dieses Einbringen der Sachen entstehe ein gesetzliches Schuldverhältnis. Dieses dauere solange fort, als die Sachen eingebracht seien. Die Haftung des Gastwirts trete ein ohne Rücksicht auf den Willen und die Geschäftsfähigkeit der Parteien, da ja ein Rechtsgeschäft nicht vorliege."

Endemann berücksichtigt nicht, daß notwendige Voraussetzung des Eintretens der Haftung des Gastwirts auch die tatsächliche Aufnahme des Gastes ist. Denn § 701 I sagt ausdrücklich:

„Ein Gastwirt, der gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt, hat einem im Betriebe des Gewerbes „aufgenommenen Gaste" den Schaden zu ersetzen, den der Gast durch den Verlust oder die Beschädigung „eingebrachter Sachen" erleidet."

Er macht also ausdrücklich zur Voraussetzung des Eintritts der Haftung, daß der Gast aufgenommen und die Sachen eingebracht sind. Das hat auch Langen richtig erkannt, wenn er sagt: [67])

„Nur wenn sowohl die Aufnahme als Gast wie die Einbringung der Sachen erfolgt ist, sind die Bedingungen für die strenge Haftung gegeben: sie stellen sich als zwei selbständige Erfordernisse dar."

Nur hat Langen nachher die Aufnahme des Gastes als Vertrag konstruiert, während wir in der Aufnahme, ebenso wie in der Einbringung, zwei tatsächliche Vorgänge sehen, an deren Vorliegen das Gesetz die strenge Haftung des Gastwirts knüpft.

Ebenso sagt Crome, [68]) der die besondere Haftung des Gastwirts auch eine gesetzliche nennt, daß Voraussetzungen dieser Haftung Einbringung und Aufnahme des Gastes seien.

Auch Schollmeyer [69]) läßt die Haftung des Gastwirtes auf Gesetz beruhen. „Nur diese Auffassung leiste dem Interesse des Publikums Genüge. Denn beruhte die Haftung auf dem Gastaufnahmevertrage, so würde die Haftpflicht des Wirts überhaupt nicht eintreten, wenn der Gastaufnahmevertrag, nachdem die Sachen schon eingebracht seien, garnicht abgeschlossen würde. Beruhte sie aber auf einem besonderen Vertrage, einer Unterart des Verwahrungsvertrages, so käme die Haftpflicht auch nicht zustande, wenn der Gast z. B. geschäftsunfähig wäre."

Ebenso Dernburg: [70]) Die gesteigerte Haftung des Gastwirts ist keine vertragsmäßige, sondern eine gesetzliche, rechtspolizeiliche Daher hafte der Wirt auch einem geschäftsunfähigen Gaste."

---

[66]) Endemann, 8. Aufl., S. 1166 f.
[67]) Langen, S. 46.
[68]) Crome, a. a. O., S. 752.
[69]) Schollmeyer, a. a. O., S. 137.
[70]) Dernburg, B. G. B., S. 528.

Auf demselben Standpunkt steht neben manchen anderen [71]) auch Sturm: [72]) „Es handelt sich um eine obligatio ex lege, um keinen Vertrag, und es ist darum gleichgültig, ob der Wirt oder seine Leute die Sachen einbringen sahen."

Zu demselben Ergebnis wie wir ist auch Krzywoszynski [73]) gekommen:

„Einen Einfluß auf die Haftung können wir also weder einem bezüglich der Sachen abgeschlossenen Fürsorgevertrage, noch einem bezüglich der Person des Gastes abgeschlossenen Aufnahmevertrage einräumen. Die Haftung tritt vielmehr unabhängig von beiden allein beim Vorliegen der beiden Tatbestandsmerkmale, der Aufnahme und der Einbringung, ein. Wir werden demgemäß die Haftung überhaupt nicht als eine irgendwie geartete vertragsmäßige ansehen können. Wir müssen sie vielmehr als eine gesetzliche, beim Vorliegen der vom Gesetz geforderten tatsächlichen Voraussetzungen eintretende ansehen."

§ 28.

Wir sehen also, daß die Haftung des Gastwirts gegenüber dem Gaste in Beziehung auf Schaden an eingebrachten Sachen nach dem B. G. B. in ihrer rechtlichen Grundlage der gemeinrechtlichen ex recepto nicht gleich ist. Denn nach gemeinem Recht beruht die Haftung des Gastwirts ex recepto auf einem Realvertrage, indem der Gastwirt durch die Uebernahme der Sachen des Gastes für sich eine Verbindlichkeit mit gewissem, gesetzlich normierten Inhalt begründet. Nach B. G. B. beruht die Haftung des Gastwirts auf Gesetz. Das Gesetz knüpft an zwei tatsächliche Vorgänge, die Aufnahme des Gastes und das Einbringen der Sachen, die Pflicht des Gastwirts, unabhängig von Schuld und Nichtschuld, für die eingebrachten Sachen des aufgenommenen Gastes zu haften.

Der Unterschied zwischen gemeinem Recht und B. G. B. besteht hauptsächlich darin, daß nach gemeinem Recht die Einbringung nur mit Wissen und Willen des Wirts erfolgen kann, während nach B. G. B. die Einbringung ohne Wissen und Willen des Wirts oder seiner Leute erfolgen kann.

Durch die Bestimmung des B. G. B. ist also für den Reisenden ein wesentlicher Fortschritt erzielt gegenüber dem gemeinen Recht. Nach gemeinem Recht trat die Haftung des Wirts nur ein durch einen Realvertrag, den der durch Beherbungsvertrag aufgenommene Reisende mit dem Wirt über die Einbringung seiner Sachen abgeschlossen hatte; nach jetzigem bürgerlichen Recht tritt die Haftung des Wirtes kraft Gesetzes ein, wenn die tatsächliche Aufnahme des Gastes durch den Wirt oder seine Leute erfolgt ist, und die Sachen in ein solches Verhältnis zum Wirt gebracht sind, daß sie seiner Obhut unterstehen, einerlei, ob er etwas davon weiß oder nicht.

---

[71]) Macdonald, Schipmann, Eschenburg, Borck.
[72]) Sturm II, S. 24.
[73]) Krzywoszynski, a. a. O., S. 25.